Archiv
für die
civilistische Praxis.

Sechs und zwanzigster Band. Zweites Heft.

I.

Der mit Unrecht freigesprochene Schuldner bleibt trotz der Freisprechung naturaliter obligirt.

Von

Herrn Dr. **Eduard Fein**, Privatdocenten der Rechte zu Heidelberg.

§. 1.

Die Frage: ob der mit Unrecht freigesprochene Schuldner naturaliter obligirt bleibe oder nicht? hat durch die neuesten scharfsinnigen Bearbeitungen von Büchel[1]) und v. d. Pfordten[2]) unstreitig ein erhöhtes Interesse gewonnen. Während die communis opinio der früheren Jahrhunderte sich entschieden für die Fortdauer der naturalis obligatio erklärte[3]),

1) Civilrechtliche Erörterungen 2. Band. 1. Heft. S. 105—117.

2) In diesem Archive, 24. Bd. 4. Abh. S. 108—153.

3) Dies scheint mir mit Unrecht von v. d. Pfordten l. c. geläugnet zu seyn. Denn nicht nur haben sich fast alle Schriftsteller des Auslandes für diese Ansicht erklärt, sondern wir finden dieselbe auch, gleichsam als eine traditionelle, in unseren einheimischen, die Praxis vorzugsweise beherrschenden Hand- und Lehrbüchern. Vergleiche:

I. Hotomanus in append. ad Lescurii comment. ad L. Frater a fratre (in Otto thes. jur. civil. T. V. p. 548)

und die Stimmen einzelner Dissentienten [4]) im Laufe der Zeit spurlos verhallten, haben sich unter unseren heutigen Juristen,

---

Duarenus comment. ad tit. D. de cond. indeb. cap. 5 et 6 (in Opp. Franc. 1592. p. 906, besond. 908.). Cujacius in lib. 3 quaest. Pauli ad L. 60. D. de cond. indeb. (in Opp. Neap. T. V. p. 921—924) und in den Comment. ad tit. D. de R. J. zu L. 66. eod. (T. II. p. 604). Petr. Faber in comment. ad tit. D. de R. J. zu L. 66 eod. Lugd. 1602. pag. 292—297, besonders 296. Ant. Faber conject. jur. civ. IV, 20 und Rationalia ad P. zu L. 60 D. de cond. ind. Mercerius ad L. Frater a fratre (in Otto thes. jur. civil. T. V. p. 573 u. 74.). Jac. Gothofredus in comment. ad tit. D. de R. J. zu L. 66. Genev. 1653. pag. 271 sqq. Vinnius sel. quaest. jur. lib. 1. cap. 14. Wissenbach ad tit. D. de R. J. zu L. 66. nr. 5 i. f. Westenberg princ. jur. tit. de cond. ind. §. 10. Zoesius comment. ad Dig. tit. de exc. rei jud. n. 14. Greg. Lopez sel. quaest. lib. 1. cap. 14 (in Otto thes. jur. civil. T. III. p. 459). Ferd. Retes opusc. lib. 8. cap. 18 (in Meerman thes. jur. civil. T. VI. p. 403). Ramos del Manzano ad leg. Jul. et Pap. Popp. lib. 2 cap. 21 nr. 4—21 (in Meerman thes. T. V. p. 194—199), eine von v. d. Pfordten mit Recht hervorgehobene vorzügliche Darstellung der diesseitigen Ansicht.

II. Wesenbecii paratitla ad. tit. D. de cond. ind. n. 6. Bachovius ad Treutl. vol. 1. disp. 22. th. 4. lit H und in dem Tract. de pignoribus lib. 5. cap. 1. nr. 3. Hunnii resolut. ad. Treutl. vol. 1. disp. 22. qu. 21. Lauterbach comp. theor. pract. lib. XII. tit. 6. §. 13. Brunnemann comment. in D. zu L. 28. D. de cond. ind. (vergl. jedoch auch Denselben zu L. 2. C. de compensat.) Müller ad Struvii synt. exerc. 12. th. 38. not. β. Frantzkius comment. ad Inst. lib. 4. tit. 13. §. 5 u. 6. Stryk Usus modern. lib. XII. tit. 6. §. 6 (Stryck hat freilich später die gegentheilige Meinung vertheidigt. S. not. 4.) Ayblinger comment. ad Dig. lib. XII. tit. 6. nr. 13. Brokes observ. forens. obs. 1 (ursprünglich eine Dissertation). Schilter exerc. 24. §. 30. Ludovici doct. pand. lib. XII. tit. 6. §. 6. Schaumburg compend. jur. lib. XII. tit. 6. §. 3.

seit dem Erscheinen der Weber'schen Schrift über die natürliche Verbindlichkeit, geradezu zwei Parteien gebildet, von welchen die eine, der früheren communis opinio treu bleibend, die Fortdauer der naturalis obligatio vertheidigt [5]),

---

nr. a. i. f. Heineccius elem. jur. civ. sec. ord. pand. tit. de cond. ind. §. 57. not. *. Schoepféri synopsis lib. XII. tit. 6. n. 17. Boehmer introd. in jus Dig. lib. XII. tit. 6. n. 5. Lobethan syst. elem. jurispr. T. II. §. 586 not. Müller syst. pand. T. II. §. 804. not. e. nr. IV. Hellfeld jurispr. for. §. 829. nr. 7.

4) Angedeutet ist diese Ansicht bereits von dem Glossator Pillius zu L. 60. D. de cond. ind. s. v. „absolutum", ausgeführt aber von Donellus in seinem Commentare lib. 14. cap. 12, dessen Ansicht sich von Ausländern Voet comment. lib. XII. tit. 6. §. 4 angeschlossen hat.

Von unseren einheimischen Schriftstellern sind dieser Ansicht beigetreten: Struv syntagm. jur. civil. exerc. 12. th. 38 (obgleich sich Müller in den Noten dagegen erklärte), Titius jus privat lib. 5. cap. 17. §. 15 und Hertius dissert. de cond. indeb. civiliter debiti naturaliter §. 14—17 (in Opusc. vol. I. tom. 3. pag. 99).

Außerdem besitzen wir 2 besondere Dissertationen zu Gunsten dieser Ansicht, nämlich:

Henr. de Cocceji disp. de vero debitore sententia absoluto (in den Exerc. curios. T. II. disp. 44. pag. 874 sqq.) und

Sam. Strykii disp. de absoluto per sententiam ad effectus civiles non obligato (in Opp. Tom. X. disp. 22); eine äußerst schwache, kurz vor Strykś Tode geschriebene Dissertation.

Seinem Vater Heinrich folgte wohl aus Pietät, Sam. de Cocceji jus contr. lib. XII. tit. 6. qu 11, und diesem Walch in der introd. in jus contr. sect. 3. cap. 8. §. 9 (ed. 2).

Dies möchten so ziemlich alle Dissentienten der früheren Jahrhunderte seyn.

5) Malblanc princ. jur. §. 487. not. o. Hufeland Lehrb. d. gem. Civilrechts §, 594. not. 1. nr. 6. Mühlenbruch Lehrb. der Pand. §. 330. not. 21. Mayer die Litiscontestatio. Stuttg. 1830. p. 53. Krug Lehre von der Compensation 1833. S. 115.

die andere dagegen von Büchel und v. d. Pfordten als Hauptrepräsentanten vertreten, eine solche Fortdauer verwirft [6]). Jedenfalls verdient es hierbei eine interessante Erscheinung genannt zu werden, daß sich beide Parteien in ihrer äußeren Erscheinung vollkommen gegenseitig die Wage halten. Denn nicht nur möchte die Zahl der Anhänger auf beiden Seiten numerisch fast dieselbe sein, sondern eine jede Partei hat auch in der Reihe ihrer Kämpfer die trefflichsten, anerkanntesten juristischen Auctoritäten aufzuweisen.

Soll unter diesen Umständen das Interesse für unsere Frage zu einem Gewinne für die Wissenschaft werden, soll die jetzige Spaltung der Ansichten sich wieder in eine Einheit verwandeln, zu einer communis opinio umbilden, so müssen vor allen Dingen die Acten durch Vertheidigung der angegriffenen Ansicht erst spruchreif gemacht werden. Wenn daher auch der Verfasser des gegenwärtigen Aufsatzes nicht darauf rechnen kann und darf, den Streit für immer zu schlichten,

---

not. 240. Roßhirt Zeitschr. I. p. 143 u. 144. Desselben gem. deutsch. Civilrecht §. 422. nr. IV. Reinhardt Ergänzungen zu Glück 4. Bd. S. 392 u. 416. Lang Institutionen §. 244 B. Sintenis Pfandrecht p. 48. Puchta Lehrb. der Pand. §. 270 not. g. Kierulff Theorie des gem. Civilrechts I. pag. 43 not. *. Göschen Vorlesungen 2r Bd. §. 637. p. 656. Unterholzner Lehre von den Schuldverhältnissen 1. Bd. p. 15 u. 500. v. Savigny System des heut. röm. Rechts 5. Bd. p. 376. not. c. C. Sell in den Sell'schen Jahrb. I. S. 127. not. 1.

6) Weber natürliche Verbindlichkeit §. 91 u. 92. Guenther princ. jur. §. 919. not. r. Glück Commentar 13. Bd. S. 101—105. Thibaut System des Pandectenrechts §. 632. not. 6. Seuffert Lehrbuch des pract. Pandectenrechts §. 296 not. 2. v. Wening-Ingenheim Lehrb. III. §. 126. Fritz Erläut. zu Wening Heft 3. S. 425. Francke civ. Abhandl. S. 77. Keller Litiscontestation S. 159. not. 6. Schweppe Handbuch §. 613 a. E. Meyerfeld Lehre von den Schenkungen 1r Thl. §. 18, B, a. S. 353 v. Vangerow Leitfaden I. S. 203. Büchel und v. d. Pfordten not. 1 und 2 cit.

so hofft er doch wenigstens durch ruhige Darlegung der Gegengründe, die Controverse nach besten Kräften ihrer Lösung entgegengeführt zu haben. Möge dann selbst der endliche Sieg auch der Gegenpartei verbleiben, gleichviel! Ist es doch immer nur der Sieg der Wahrheit, welcher dem Besiegten wie dem Sieger gleich theuer sein muß!

§. 2.

Wir eröffnen die Untersuchung mit der Erläuterung derjenigen Fragmente, aus welchen die vorliegende Streitfrage direct entschieden werden kann, und beginnen mit einem Fragmente des Paulus, welches von jeher als die Hauptstütze der diesseitigen Ansicht betrachtet wurde. Es ist dies die **L. 60. D.** de cond. indeb. deren Anfang folgendermaßen lautet:

> Julianus verum debitorem post litem contestatam manente adhuc judicio negabat solventem repetere posse, quia nec absolutus nec condemnatus repetere posset: licet enim absolutus sit, natura tamen debitor permanet [7]): similemque esse ei dicit, qui ita promisit: sive navis ex Asia venerit sive non venerit, quia ex una causa alterutrius [8]) solutionis origo proficiscitur.

Zunächst hat Julian freilich nur die Frage aufgeworfen und beantwortet: ob eine im Laufe des Processes von dem wirklichen Schuldner geleistete Zahlung mit der condictio

7) Hal. liest „debitorem manere“. Dann rührten die Worte licet — manere nicht sowohl von Paulus, als von Julian her. — Ich habe indessen die Florentinische Lesart vorgezogen, weil es leichter erklärt werden kann, wie die Hal. Lesart aus der Florent. entstand, als umgekehrt, und weil auch am Ende des pr. Paulus eine solche eigene Bemerkung hinzugefügt hat, so daß wir hier mit Grund das Nämliche annehmen können.

8) Ich habe hier die lect. Vulg. dem Florent. „alterius“ vorgezogen, weil die Bedeutung des alter für alteruter im Ganzen sehr selten vorkommt, und weil das alterius sehr leicht aus einer Abkürzung von alterutrius entstanden sein kann.

indebiti zurückgefordert werden könne? Allein der von ihm für die Verneinung dieser Frage angegebene Entscheidungsgrund: „quia nec absolutus nec condemnatus repetere posset", dessen Richtigkeit von Paulus in dem erläuternden Zusatze: „licet enim absolutus sit, natura tamen debitor permanet" bestätigt wird, ist für die vorliegende Streitfrage von der entschiedensten Bedeutung. Julian versagt nämlich dem verus debitor die Rückforderung der nach der Litiscontestation, aber vor erfolgtem Urtheile geleisteten Zahlung aus dem Grunde, weil er auch eine nach erfolgtem Urtheile geleistete Zahlung, möge er nun condemnirt oder absolvirt sein, nicht zurückfordern könne. Dies war freilich bei dem condemnirten Schuldner keinem Zweifel unterworfen. Allein bei dem absolvirten Schuldner, dem die peremtorische exceptio rei judicatae zur Seite stand, hätte man leicht das Gegentheil voraussetzen können. Um daher die Richtigkeit des Julianischen Entscheidungsgrundes vor Augen zu führen und über allen Zweifel zu erheben, fügt Paulus erläuternd hinzu: denn der absolvirte Schuldner bleibt naturaliter obligirt. Und damit ist nun allerdings jede Möglichkeit einer condictio indebiti in dem von Julian zunächst behandelten Falle abgeschnitten. Denn der Schuldner, welcher im Laufe des Processes zahlte, konnte möglicherweise seine condictio indebiti in objectiver[9]) Hinsicht nur so begründen: durch die Litiscontestation habe ich eine bedingte peremtorische Einrede, auf den Fall der Freisprechung erlangt, indem mir durch die Litiscontestation die Möglichkeit der Freisprechung in Aussicht gestellt ist; ich bin daher nach L. 56. D. de cond. indeb. berechtigt, die von mir während des

---

9) Daß Julian und Paulus die condictio indebiti nur wegen mangelnden objectiven Thatbestandes verworfen, geht zur Genüge daraus hervor, daß sie die Rückforderung absolut verweigern, ohne auf den animus des Zahlenden irgend sich einzulassen. Siehe auch noch unten im Texte.

Schwebens der Bedingung dieser Einrede (irrthümlich) geleistete Zahlung zu repetiren.

Bei dieser Argumentation ist nun vorausgesetzt, daß der Schuldner durch die Freisprechung gänzlich d. h. sowohl hinsichtlich des civilen als des naturalen Bestandtheiles der Obligation liberirt wird. Bleibt er aber dagegen nach der Freisprechung naturaliter obligirt, wird ihm mithin durch die Litiscontestation keineswegs die Möglichkeit einer gänzlichen Befreiung von der **obligatio** eröffnet, so kann die **condictio indebiti** nicht auf die Möglichkeit der Freisprechung gegründet werden, indem er von der **naturalis obligatio** auch nicht einmal bedingt liberirt ist. So wenig er daher die nach dem freisprechenden Urtheile geleistete Zahlung, als eine irrthümlich geleistete Nicht-Schuld repetiren kann, „weil er durch das Urtheil gänzlich liberirt sei", so wenig kann er die vor dem Urtheile geleistete Zahlung, als ein irrthümlich gezahltes **indebitum** repetiren, „weil er durch das Urtheil gänzlich hätte liberirt werden können". Auf diese Weise herrscht nun in unserem Fragmente der strengste logische Zusammenhang, indem sich bis hieher die einzelnen Sätze, wie Glieder einer Kette, ununterbrochen und harmonisch an einander reihen. Dieselbe Harmonie des Gedankenzusammenhangs gewahren wir aber auch im ferneren Verlaufe des Fragmentes. Bevor wir jedoch zur Betrachtung des nachfolgenden Theils übergehen, müssen wir erst einen prüfenden Blick auf die Interpretationen der Gegner werfen.

1. Am wenigsten gelungen erscheint die Interpretation des Donellus [10]), weil sie den Worten offenbare Gewalt anthut. Indem er nämlich den Satz „**quia nec absolutus nec c. r. p.** auf den Schuldner bezieht, welcher **manente judicio** gezahlt hat, so ist er auch nothgedrungen, den Satz: „**licet enim absolutus sit, natura tamen debitor permanet**" auf eben diesen Schuldner zu beziehen. Da in-

10) Comment. jur. civil. lib. 14. cap. 13.

dessen dieser Schuldner gerade durch die Zahlung selbst bereits aufgehört hat, Schuldner zu sein, so erklärt nun Donellus diese Worte folgendermaßen: „Verus debitor (sc. der pendente judicio gezahlt hat) licet sit absolutus (und nachher freigesprochen ist) natura tamen debitor permanet, id est, manet idem, qui prius fuerat. Hoc recte: quippe affirmatio aut negatio judicis, pronuntiantis aliquem non debere, qui debebat, veritatem rerum mutare non potest" und an einer anderen Stelle sagt er: „quia licet sit absolutus, tamen natura debitor permanet, quo significat, ei in id tempus, quo solvit, exceptionem rei judicatae prodesse non posse, vel potius in id tempus nullam esse". Donell will also den Sinn in den Worten finden: es bleibt, trotz des Urtheils wahr, daß der Schuldner, zur Zeit der Zahlung, Schuldner war, indem er damals die exceptio rei judicatae noch nicht erworben hatte. Allein die Spitzfindigkeit, ja die Sophisterei dieses ganzen Räsonnements leuchtet auf den ersten Blick ein. Denn ein so logisch gebildeter Jurist wie Paulus kann unmöglich von einem Schuldner, der bereits aufgehört hat Schuldner zu sein, behaupten: debitor permanet. Man kann wohl sagen: er war zur Zeit der Zahlung Schuldner, aber nicht: er bleibt nach der Zahlung Schuldner. Wegen der so offenbaren Verwerflichkeit dieser Erklärung halte ich es nicht für nöthig, noch tiefer auf die sonstige Argumentation des Donellus einzugehen und wende mich deshalb

2. zur Prüfung der Interpretation desjenigen Schriftstellers der Neuzeit, welcher sich am genauesten auf die Exegese unseres Fragmentes eingelassen hat, und daher als Hauptrepräsentant der jenseitigen Ansicht betrachtet werden muß [11].

---

11) Die übrigen Anhänger der jenseitigen Meinung begnügen sich mit der Angabe, daß das „natura debitor permanet" in unserer Stelle in einem nicht technischen Sinne zu nehmen sey, ohne sich auf eine genauere Erklärung einzulassen.

Büchel [12]) vermeidet nämlich glücklich die Klippe, an welcher Donellus scheiterte. Er bezieht die Worte: „licet enim absolutus sit, natura tamen debitor permanet“ auf den Schuldner, welcher noch nicht im Laufe des Processes bezahlt hat, faßt sie dann aber in einem nicht technischen Sinne auf, indem damit „die von Seiten des verus debitor auch nach der absolutio noch fortbestehende Gewissens-Verbindlichkeit“ bezeichnet werde. Der Sinn der ganzen Stelle soll dann folgender sein (pag. 114): „Wenn der Schuldner manente judicio zahle, so zahle er immer sua sponte d. h. im Bewußtsein seiner Schuld, und könne daher das Gezahlte nicht nur im Falle einer späteren Condemnation, sondern auch im Falle der Absolution nicht zurückfordern [13]), weil er, der Lossprechung ungeachtet, das innere Bewußtsein seiner Schuld behalte, und daher, hätte er auch nach der Lossprechung sua sponte, also in diesem Bewußtseyn seiner Schuld gezahlt, nicht würde zurückfordern können“.

Allein diese Interpretation hat nicht nur den entschiedensten Sprachgebrauch gegen sich, sie schiebt auch dem Paulus einen anderen Entscheidungsgrund unter und hebt den logischen Zusammenhang der Stelle völlig auf.

Der Ausdruck „naturalis obligatio“ „natura debere“, ist ein durch und durch technischer Ausdruck zur Bezeichnung derjenigen Obligation, welche, außer der Klagbarkeit, regelmäßig alle

---

12) l. c. pag. 116.

13) Hiernach scheint es, als wenn Büchel die Worte „quia nec absolutus nec condemnatus repetere posset“ noch auf den Schuldner, der im Laufe des Prozesses zahlte, bezieht, und erst den folgenden Worten: licet enim etc. eine allgemeinere Beziehung auf den verus debitor überhaupt, beilegt. Allein dies ist offenbar ein zu harter Wechsel der Subjecte. Entweder muß man mit Donell die ganze Stelle von dem Schuldner, der bereits bezahlt hat, verstehen, oder bereits den Worten „quia nec absolutus etc.“ die allgemeinere Beziehung unterlegen.

sonstigen Wirkungen der civilis obligatio mit sich führt[14]). Jede Abweichung von diesem technischen Sprachgebrauche, wie er uns auf jeder Seite des corpus juris entgegentritt, bedürfte natürlich einer besonderen Rechtfertigung, und so müßte vor allen Dingen erst nachgewiesen werden, daß auch die römischen Juristen eine bloße Gewissenspflicht mit natnralis obligatio bezeichnet hätten. Nun läßt sich aber im ganzen corpus juris nur eine Stelle[15]) auffinden, wo Ulpian ein-

14) Ich habe, worauf es hier allein ankam, die Definition von den Wirkungen der naturalis obligatio entlehnt. Das Wesen und der Character derselben ist von Büchel selbst (pag. 59 fg.) vortrefflich analysirt. — Wegen des bemerkten Sprachgebrauchs vgl. L. 16. §. 4. D. de fidejussoribus (46, 1). L. 10. D de O. et A. — L. 6. D. de compensationibus (16, 2) „natura debetur". L. 1. §. 17. D. ad leg. Falc. (35, 2). L. 31. §. 1. D. de hered. petit. (5, 3) „natura debebatur" L. 101. §. 1. D. de solut. (46, 3) L. 1. §. 7. D. de constit. pecun. (13, 5) „debitum natura" L. 60. D. de fidejussoribus (46, 3) L. 2. §. 2. D. de capite minutis (4, 5).

15) L. 25. §. 11. D. de hered. petit. (5, 3). cf. L. 54. §. 1. D. de furtis (47, 2). — Denn alle die übrigen Stellen, welche wohl noch citirt zu werden pflegen (s. z. B. Büchel l. c. S. 59. not. 4) beweisen für einen derartigen Sprachgebrauch nicht das Mindeste. In L. 32. §. 2. D. de cond. ind. ist nur von einem „pietatis causa relinquere" die Rede, und höchstens dies ließe sich auch in L. 46. §. 2. D. de jure dotium behaupten. Die L. 26. §. 12. D. de cond. ind. ist von der naturalis obligatio im technischen Sinne zu verstehen. Unsere L. 25. §. 11. D. de hered. pet. u. L. 10. §. 7. D. de in rem verso (15, 3) erklärt sich daraus, daß Schenkung und Gegenschenkung in gewissen Beziehungen als eine Art von Tausch betrachtet werden, und in L. 27 und L. 34. §. 1. D. de donatt. (39, 5) wird, nach einer vernünftigen Interpretation des Willens der Parteien, ein stillschweigender Vertrag über eine Dienstleistung um unbestimmten Lohn angenommen (s. v. Savigny's System 4r Bd. S. 94). Die L. unic. C. de imp. lucr. descript. (10, 36) v. Theodosius und Valentinian aus dem J. 411. kann, wenn sie beiläufig sagt, daß bei Schenkungen zwischen Eltern und Kindern

mal beiläufig und in einem Zusammenhange, der durchaus kein Mißverständniß und keinen Mißbrauch befürchten ließ, von den Schenkenden behauptet: **ad remunerandum sibi aliquem naturaliter obligaverunt**, womit offenbar nicht die eigentliche juristische **naturalis obligatio** gemeint sein kann [16]). Diese ein einziges Mal vorkommende Licenz des Ulpian genügt offenbar nicht, um dem Ausdrucke: **naturalis obligatio** auch eine nicht technische Bedeutung, nämlich die einer bloßen Gewissenspflicht beizulegen, und nun nach Willkühr und Belieben alle übrigen Stellen bald durch den technischen, bald durch den nicht technischen Sprachgebrauch zu erklären. Wir würden damit wieder zu der längst in Vergessenheit gerathenen Eintheilung der **naturalis obligatio** in **naturalis obligatio plena** und **minus plena** zurückkehren [17]). Eine solche Licenz kann auch dem Paulus in unserer Stelle um so weniger aufgebürdet werden, da gerade hier eine der wichtigsten Wirkungen der Natural-Obligation im technischen Sinne, nämlich die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der **condictio indebiti** in Rede steht.

Wir haben aber auch noch um so größere Veranlassung, den Worten „**natura tamen debitor permanet**" den allbe-

---

„**sub liberalitatis appellatione debitum naturale persolvitur**, über den Sprachgebrauch der römischen Classiker schwerlich entscheiden.

16) S. v. Vangerow Leitfaden I. §. 125 u. v. Savigny System 4r Bd. S. 292—94. Vgl. auch v. Meyerfeld Lehre von den Schenkungen 1r Thl. S. 369 folg.

17) Denn die von Büchel hier angenommene Gewissenspflicht ist gerade das, was die ältern Juristen **naturalis obligatio minus plena** nannten. S. Lauterbach coll. theor. pract. lib. XLIV. tit. 7. §. 5. Strykius Usus modern. eod. tit. §. 1. Titii jus privat. lib. 1. cap. 11. §. 7. Berger oecon. forens. lib. 3. tit. 1. §. 2. n. I. Sie wird von Stryk in der not. 4. cit. Dissertation §. 12 so definirt: „**est obligatio, cujus executio cujusvis pudori relinquitur, quaeque nullum effectum externum habet**".

kannten technischen Sinn unterzulegen, da wir in zwei anderen Stellen gerade die nämlichen Ausdrücke und Wendungen wiederfinden, wie in unserem Fragmente. So heißt es nämlich einmal von einer Schuld „ut natura debitum maneat“[18]), und dann von den Schuldnern „manent obligati naturaliter“[19]), wo entschieden die Fortdauer der naturalis obligatio im technischen Sinne gemeint ist, wie noch Niemand bezweifelt hat, und schwerlich je bezweifeln wird.

Nicht minder gebieterisch erfordert sodann der logische Zusammenhang der Stelle den Ausdruck: natura tamen debitor permanet in seiner technischen Bedeutung zu nehmen. Vor allen Dingen müssen wir nämlich klar ins Auge fassen, daß, wenn der Schuldner durch die Freisprechung gänzlich liberirt wäre und nun dennoch wissentlich zahlte, dies juristisch als Schenkung zu betrachten und zu beurtheilen sein würde. Cujus enim per errorem dati repetitio est, ejus consulto dati donatio est[20]) und: Donari videtur, quod nullo jure cogente conceditur[21]). Die condictio indebiti fiele also allerdings hinweg, aber nicht wegen mangelnden objectiven Thatbestandes — denn es ist ja wirklich eine Nicht-Schuld bezahlt — sondern wegen mangelnden subjectiven Thatbestandes, indem diese Nicht-Schuld nicht ex errore sondern wissentlich bezahlt ist.

Betrachten wir nun unbefangen die Worte: natura tamen debitor permanet, so können sie unmöglich anders als auf den objectiven Thatbestand bezogen werden, indem in der ganzen Stelle der für den subjectiven Thatbestand allein erhebliche animus des Zahlenden unberührt gelassen wird.

18) L. 60. D. de fidejussoribus (46, 1).
19) L. 2. §. 2. D. de capite minutis (4, 5).
20) L. 53. D. de R. J. Cf. L. 1. §. 1. D. de cond. indeb. (12, 6) L. 9. pr. C. eod. (4, 5) L. 26. §. 3 u. 8. L. 24. D. eod.
21) L. 29. pr D. de donationibus (39, 5).

Objectiv betrachtet hat dann aber auch Paulus Alles gesagt, was er sagen konnte, und, was er sagen wollte, klar gesagt.

Wenn dagegen Büchel diesen Worten eine Beziehung auf den subjectiven Thatbestand abzugewinnen sucht und deshalb den Worten: licet enim etc. den Sinn unterlegt: „weil nach der Freisprechung eine Gewissensschuld zurückbleibt, so kann der freigesprochene Schuldner, wenn er sua sponte, also in dem Bewußtsein seiner (sc. Gewissens) Schuld zahlt, nicht zurückfordern", so wird damit, abgesehen von allen bisherigen Gründen, auch der ganze Zusammenhang der Stelle aufgehoben, indem nun die Worte des Paulus: licet enim absolutus sit, natura tamen debitor permanet, als ein müssiger Zusatz erscheinen. Denn das Rechtsverhältniß des vor und des nach erfolgtem Urtheile zahlenden Schuldners ist, in consequenter Durchführung der Büchel'schen Ideen, ein wesentlich verschiedenes, und ein Schluß von dem einen auf das andere völlig unstatthaft. Während nämlich die wissentliche Zahlung nach der Freisprechung als Schenkung zu betrachten wäre, könnte die im Laufe des Processes vorgenommene Zahlung nur als solutio angesehen werden. Die Worte des Paulus: licet enim etc. könnten daher nun und nimmermehr als ein erläuternder Zusatz des Vorhergehenden betrachtet werden, indem die Rückforderung des nach erfolgtem Urtheile Gegebenen aus einem ganz anderen Grunde hinwegfiele, als bei der im Laufe des Processes vorgenommenen Zahlung. Büchel hat freilich diese Verschiedenheit dadurch zu verschleiern gesucht, daß er sagt: der wissentlich vor wie nach dem Urtheile zahlende Schuldner zahle jedesmal sua sponte d. h. im Bewußsein seiner Schuld. Allein sehen wir hinter den Schleier, so gewahren wir, daß das sua sponte Zahlen bei dem Einen eine Schenkung, und bei dem Andern keine Schenkung sein würde. Mithin hätten wir es mit zwei ganz verschiedenen Rechtsverhältnissen zu thun, während wenn wir das natura tamen debitor permanet in seinem technischen Sinne auffassen, in Wahr-

heit nur ein Rechtsverhältniß, das der **naturalis obligatio** vorliegt, und der Satz: **licet enim etc.**, als erläuternder Zusatz den Schlußstein der ganzen Beweisführung bildet.

Es bleibt uns nur noch zu zeigen übrig, daß auch der nachfolgende Theil des Fragmentes des Paulus mit der jenseitigen Ansicht disharmonirt und mit der unsrigen völlig in Einklang steht. In dieser Beziehung wird die von Julian aufgestellte Vergleichung des verklagten Schuldners mit Demjenigen, welcher aus der Stipulation: „**sive navis ex Asia venerit sive non venerit**" von der höchsten Wichtigkeit. Der Letztere schuldet nämlich unter einer in der Zukunft ruhenden Alternative. Allein die beiden Glieder dieser Alternative sind so gefaßt, daß nur eines von beiden eintreten kann, aber auch nothwendigerweise eintreten muß. Es ist daher völlig gewiß, daß der Schuldner obligirt werden wird, indem die Zukunft ihm keine Befreiung zu bringen vermag. Die vor der Entscheidung über die Ankunft oder Nicht-Ankunft des Schiffes geleistete Zahlung kann daher nicht als ein **indebitum** zurückgefordert werden. Denn es ist, um mit Paulus im §. 1 unseres Fragmentes zu reden, **eundem debiturum certum est** [22]).

Das entsprechende ähnliche Rechtsverhältniß gewahren wir nun auch beim verklagten Schuldner. Auch über sein Schicksal entscheidet eine in der Zukunft ruhende Alternative. Auch hier sind die Glieder der Alternative so gefaßt, daß nur das eine Glied, Verurtheilung oder Freisprechung, eintreten kann, aber auch eintreten muß. Da nun aber der Schuldner auch nach der Freisprechung noch immer **naturaliter** obligirt bleibt, so ist es völlig gewiß, daß er obligirt bleiben wird, indem die Zukunft ihm keine Befreiung (von der **naturalis obligatio**) zu bringen vermag. Wenn er daher vor der

---

22) Ueber einen unter dieser Alternative abgeschlossenen Kauf vergl. **L. 8. §. 1. D. de peric. et comm. rei vend. (18, 6).** Vergl. auch noch **L. 13. D. quando dies legatorum etc. (36, 2).**

Entscheidung der Alternative zahlte, so kann er nicht zurückfordern, weil es gewiß ist, daß er, möchte das Urtheil nun für oder wider ihn ausgefallen seyn, obligirt geblieben sein würde.

Der Grund der Aehnlichkeit beruht demnach darauf, daß der Schuldner aus jener Stipulation, gleich dem verklagten Schuldner, von der Zukunft keine Befreiung von der obligatio zu hoffen hat, und dieser Grund wird nicht etwa von uns in das Gesetz hinein fingirt, im Gegentheil, wir haben ihn nur von Paulus entlehnt, welcher mit dürren Worten sagt: „quia ex una causa alterutrius solutionis origo proficiscitur" d. h. weil der Schuldner auf jeden Fall durch ein Glied der Alternative (ex una causa) auf eine oder die andere Weise zur Zahlung verpflichtet wird [23]. Liegt nun hierin der Grund der Aehnlichkeit, so müssen wir nothwendigerweise annehmen, daß der Schuldner auch nach erfolgtem Urtheile auf die eine oder die andere Weise zur Zahlung ver-

23) Wenn auch der Sinn dieser Worte nicht zu verkennen ist, so besitzen wir doch sehr verschiedene Erklärungen. Accursius in der Glosse ad h. l. s. v. „quia ex" etc., dem Cujacius ad h. l. (in lib. 3. quaest. Paul.) u. Donellus gefolgt sind, erklären folgendermaßen: quia ex una causa (sc. deficiente!) alterius solutionis (i. e. solutionis ex altera causa) origo proficiscitur. — Ant. Faber Ration. ad h. l. construirt das ex una causa alterutrius zusammen und nimmt es für gleichbedeutend mit ex alterutra causa. — Jedenfalls unrichtig scheint mir aber die Uebersetzung im Deutschen corp. jur. (Th. 2, S. 74.): „weil aus einem und demselben Grunde der Ursprung der einen oder der anderen Zahlung hervorgeht". Denn der Ausdruck causa bezieht sich entschieden auf die Glieder der Alternative S. L. 13. pr. D. quando dies legatorum (36, 2) L. 13. pr. D. judicatum solvi (46, 7) L. 1. §. 6. D. usufructuarius quemadmodum etc. (7, 9). — Am einfachsten übersetzt man wohl, wie oben im Texte geschehen, indem man das alterutrius solutionis als solutionis ex alterutra causa auffaßt. — Eine merkwürdige Erklärung des Azo siehe in der Glosse ad h. l. s. v. „proficiscitur".

pflichtet bleibt. In dieser Annahme werden wir denn auch schließlich durch den §. 1 unseres Fragmentes bestärkt. Paulus versagt nämlich hier dem Schuldner, welcher mit seinem Gläubiger eine bedingte Novation eingegangen ist und pendente conditione gezahlt hat, die condictio indebiti. Denn der Schuldner hatte auch hier von der Zukunft keine Liberation zu erwarten, indem er im Falle der Existenz der Bedingung aus der neuen, im entgegengesetzten Falle aus der alten Obligation zu haften hatte [24]. Auf diese Weise hat nun Paulus die drei Fälle:

1) wenn der verklagte Schuldner pendente judicio,
2) wenn der Schuldner aus der Stipulation: sive navis venerit, sive non venerit, pendente conditione,
3) wenn der Schuldner aus einer bedingten Novation pendente conditione

zahlte, unter einem und demselben Gesichtspunkte: quia certum est eundem debiturum, als objectiv nicht geeignet für die condictio indebiti zur Entscheidung gebracht.

Mit dem hier verfochtenen Resultate, daß Paulus eine naturalis obligatio im technischen Sinne fortdauern läßt, ist nun zwar v. d. Pfordten einverstanden. Allein er sucht auf rechtsgeschichtlichem Wege zu deduciren, daß eine solche Fortdauer nur im legitimum judicium mit formula in jus concepta möglich gewesen sei, und daß daher Paulus ursprünglich nur von einem solchen judicium geredet habe. Die Unhaltbarkeit dieser Idee kann indessen erst unten im §. 9 im Zusammenhange nachgewiesen werden.

§. 3.

Wir gehen jetzt zu einem von Venulejus herrührenden, die Fortdauer der naturalis obligatio auf das Be-

---

24) L. 8. §. 1. L. 14. pr. D. de novationibus (46, 2) §. 3. J. quib. mod. obl. toll. (3, 29.). — Serv. Sulpicius nahm freilich, auch bei bedingter Novation, sofort Aufhebung der alten Obligation an. Gaj III. §. 179.

stimmteste bestätigende Fragmente über. Venulejus trägt nämlich in L. 8. §. 1. D. rem ratam haberi (46, 8) folgenden Fall vor:

Si procurator a debitore pecuniam exegerit et satis dederit, dominum ratam rem habere, mox dominus de eadem pecunia egit et litem amiserit, committi stipulationem, et si procurator eandem pecuniam domino sine judice solverit, condicturum. Sed cum debitor ex stipulatu agere coeperit, potest dici, dominum, si defensionem procuratoris suscipiat, non inutiliter doli mali exceptione adversus debitorem uti, quia naturale debitum manet.

Ein nicht beauftragter Geschäftsführer [25]) hatte, gegen Bestellung der gewöhnlichen cautio de rato [26]), eine Forderung des Geschäftsherrn eincassirt. Nichtsdestoweniger erhebt der Letztere später Klage gegen den Schuldner, wird aber ungerechterweise mit seiner Klage ab und zur Ruhe verwiesen.

Sehen wir hierbei zuvörderst auf das Schicksal der cautio de rato, so hatte sich dasselbe bereits mit Anstellung der Klage resp. Vornahme der Litiscontestation entschieden [27]). Denn ipso jure war unstreitig die Stipulation de rato in diesem Momente verfallen, wo der Geschäftsherr auf die stärkste Weise, nämlich durch die That selbst, die dem Procurator geleistete Zahlung reprobirt hatte. Nichtsdestoweniger ertheilt Venulejus dem Gläubiger und Geschäftsherrn, wenn er noch nachträglich die Zahlung ratihabiren und deshalb die Vertheidigung des, vom Schuldner aus der stipu-

---

25) Mit Recht sagt die Glosse ad h. l. s. v. „proc." i. e. procurans sine mandato. Vergl. z. B. L. 22. §. 8 u. 3 D. h. t. — Denn wenn es ein verus procurator gewesen wäre, so wäre der Schuldner durch Zahlung sofort liberirt, und mithin die Bedingung der stipulatio de rato gar nicht eingetreten. L. 6. §. 2. D. de cond. indeb. (12, 6).

26) L. 10. D. rem ratam haberi (46, 8).

27) L. 15. D. eod.

latio de rato belangten Schuldners übernehmen will, die exceptio doli. Wie und auf welche Weise läßt sich dies aber rechtfertigen? Da Venulejus den Umstand, ob der Geschäftsherr den Proceß mit oder ohne Kenntniß von der an seinen unbeauftragten Geschäftsführer geleisteten Zahlung, begonnen und fortgeführt hat, unberührt läßt, so werden wir unsere Aufmerksamkeit auf beide Fälle zu richten haben.

I. Gesetzt also, der Geschäftsherr hatte von der Zahlung keine Kenntniß, so hat er zwar allerdings durch seine eigene Handlung, durch die Anstellung der Klage den Verfall der stipulatio herbeigeführt. Allein eben wegen dieser Unkenntniß erscheint es im höchsten Grade billig, ihm noch nachträglich die Ratihabition der Zahlung zu gestatten. Daß eine solche Ratihabition zum wenigsten noch im Laufe des Processes zulässig sei, kann keinem Zweifel unterliegen, da der Schuldner auch nach der Litiscontestation naturaliter obligirt bleibt, mithin zu dieser Zeit noch eine obligatio vorhanden ist, welche durch solutio oder ratihabitio solutionis getilgt werden kann. Auch haben wir hiefür einen tüchtigen Gewährsmann an Celsus, welcher uns in L. 71. §. 3. D. de solutionibus (46, 3) Folgendes berichtet:

> Sed si ignorans solutum (nämlich wenn der Geschäftsherr von der an seinen unbeauftragten Procurator geleisteten Zahlung nicht in Kenntniß gesetzt) litem contestatus est, si pendente judicio ratum habuit, absolvi oportet illum, cum quo actum est; si ratum non habuit, condemnari.

Kann nun aber der Geschäftsherr die Zahlung selbst noch nach beendigtem Processe und nach erfolgter Freisprechung des Schuldners ratihabiren? Wenn in diesem Falle eine naturalis obligatio zurückbleibt, so hat diese Ratihabition gerade eben so wenig Bedenklichkeiten, wie die im Laufe des Processes vorgenommene. Wenn wir aber annehmen, daß das Urtheil auch die naturalis obligatio aufhebt, so wird die Sache sehr bedenklich. Halten wir uns an eine analoge

Entscheidung des African, so müssen wir uns gegen die Möglichkeit der Ratihabition erklären. African behandelt nämlich in **L. ult. §. 1. D. ratam rem haberi (46, 8)** den ganz ähnlichen Fall, wo ein Gläubiger die seinem unbeauftragten Geschäftsführer geleistete Zahlung zu einer Zeit ratihabiren will, wo der Schuldner durch Zeitablauf bereits gänzlich befreit worden ist. African hält diese Ratihabition für unstatthaft, weil der Schuldner bereits auf anderem Wege von seiner Schuld befreit sei („**cum jam debitor liberatus sit**"). Dasselbe Räsonnement hätten wir nun consequenter Weise auch auf den vorliegenden Fall, in welchem der Schuldner gleichfalls bereits anderweitig liberirt worden wäre, zur Anwendung zu bringen. Indessen scheint es, als wenn über die Möglichkeit der Ratihabition in solchen Fällen eine Meinungsverschiedenheit unter den alten Juristen obgewaltet hätte. Celsus trägt nämlich in **L. 71. §. 1. D. de solutionibus (46, 3)** folgenden Fall vor.

> **Si fidejussor procuratori creditoris solvit, et creditor post tempus, quo liberari fidejussor poterit, ratum habuit, tamen quia fidejussor, cum adhuc ex causa fidejussionis teneretur, solvit, nec repetere potest, nec minus agere adversus reum mandati potest, quam si tum praesenti dedisset.**

Cujacius [28]), dem in neuester Zeit Heimbach [29]) und Büchel [30]) gefolgt sind, sucht den Widerspruch auf folgende Weise zu lösen: African behandle in **L. ult. cit.** einen Fall, in dem durch den Zeitablauf die Principalobligation selbst aufgehoben sei, während Celsus von einem Falle rede, in dem nur die accessorische Obligation des Bürgen durch Zeitablauf erloschen sei. In diesem Falle sei eine Ratihabition der Zahlung deshalb noch möglich gewesen, weil noch

---

28) in lib. 6. quaest. Afric. zu L. ult. cit.
29) in Linde's Zeitschrift Bd. I. S. 452.
30) Civilrechtliche Erörterungen 1r Bd. S. 74. not. 185.

eine Obligation, nämlich die Principalobligation, bestanden habe, welche durch Zahlung oder Ratihabition der Zahlung hätte getilgt werden können. Allein diese Lösung des Widerspruchs scheint mir unbedingt verworfen werden zu müssen. Denn der Bürge zahlt regelmäßig im eigenen Namen und um seine eigene Obligation d. h. die Bürgschaftsobligation zu tilgen, wodurch dann freilich sofort auch die Aufhebung der Hauptschuld herbeigeführt wird. Auch der Bürge kann daher, wie uns an mehreren Orten berichtet wird [31]), die von ihm irrthümlich geleistete Zahlung repetiren, wenn seine d. h. die accessorische Schuld erloschen war, wenn gleich die Principalobligation in voller Kraft fortbestand. Der Gläubiger darf daher diese Zahlung sich nicht auf seine Principalforderung anrechnen; denn auf die Principalforderung ist nicht gezahlt, und die Forderung, welche der Bürge durch Zahlung tilgen wollte, existirte nicht mehr. Eine Ratihabition der Zahlung wäre daher, nach Africans Grundsätzen, auch in unserem Falle unstatthaft, indem die Forderung, auf welche gezahlt ist, d. h. die Bürgschaftsobligation bereits anderweitig aufgehoben war. Die Gegner schieben aber auch dem Celsus geradezu einen anderen Entscheidungsgrund unter. Celsus rechtfertigt nämlich die Zulässigkeit der Ratihabition mit dem Grunde: „quia fidejussor, cum adhuc ex causa fidejussionis teneretur, solvit", während nach Cujacius der Grund darin besteht, daß die Principalobligation noch fortdauert. Die völlige Unbegründetheit ihrer Meinung hät-

31) L. 32. §. 1. L. 59. L. 47. L. 38. §. 3. D. de cond. indeb. (12, 6). — Anscheinend widersprechend ist die L. 29. §. 6. D. mandati (17, 1), welche mir bisher noch nicht richtig erklärt zu sein scheint. Vergleichen wir aber damit die L. 31. D. ad S. C. Vellej. (16, 1), so ist ihr Sinn folgender: der Bürge kann zurückfordern; will er aber dem Gläubiger die Zahlung lassen, so kann er den Hauptschuldner mit der Mandatsklage belangen, insofern er ihn sicher stellt, daß er dem Gläubiger auch wirklich seine Ansprüche aus der condictio indebiti erlassen werde.

ten aber auch die Gegner am besten gewahren können, wenn sie nur einen Blick auf den §. 2 desselben Fragmentes (L. 71. de solut.) geworfen hätten. In dem hier unterstellten Falle ist gerade die Principalobligation selbst durch die von dem Haussohne oder Sklaven vorgenommene Acceptilation in der Zwischenzeit und vor erfolgter Ratihabition der Zahlung aufgehoben. Nichtsdestoweniger läßt Celsus auch hier die Ratihabition rückwärts wirken, so daß in Folge dessen die Acceptilation als ein nichtiger und wirkungsloser Rechtsact erscheint. Wir müssen daher wohl als Resultat annehmen, daß über die Zulässigkeit der Ratihabition in Fällen der vorliegenden Art zwischen den älteren Juristen, und namentlich zwischen Celsus und African ein Principienstreit geherrscht habe [32]).

Kehren wir nun zu unserer Hauptfrage zurück, so würde sich allerdings, wenn wir nur die Entscheidung fänden, daß der Gläubiger die an seinen unbeauftragten Geschäftsführer geleistete Zahlung auch nach erfolgter Freisprechung des Schuldners ratihabiren könne, hieraus kein sicherer Schluß auf Fortdauer oder Aufhebung der naturalis obligatio ableiten lassen. Denn entweder könnte man mit African sagen: die Ratihabition ist zulässig, weil eine naturalis obligatio fortdauerte, oder mit Celsus, weil die Zahlung an den unbeauftragten Procurator zu einer Zeit geleistet wurde, wo der Schuldner noch vollkommen verhaftet war. Freilich bliebe es noch die große Frage, ob derselbe Celsus auch in unserem Falle der Ratihabition eine solche umfassende rückwirkende Kraft beigelegt haben würde, daß dadurch das inzwischen ergangene rechtskräftige Urtheil annullirt und

32) Auf eine solche Meinungsverschiedenheit scheint auch Justinian in den bekannten beiden Verordnungen, in welchen er der Ratihabition unbedingt rückwirkende Kraft beilegt (L. 25. C. de donat. int. vir. et uxor. (5, 16) und L. 7. pr. C. ad S. C. Maced. (4, 20) nicht undeutlich anzuspielen.

wirkungslos gemacht würde. Indessen wir können von allen diesen Bedenklichkeiten abstrahiren. Denn Venulejus hat uns nicht bloß die Entscheidung, sondern auch den Grund seiner Entscheidung mitgetheilt, und dieser Grund lautet dahin: der Gläubiger kann auch nach erfolgter Freisprechung des Schuldners ratihabiren: quia naturale debitum manet, weil auch der mit Unrecht freigesprochene Schuldner naturaliter obligirt bleibt.

II. Denken wir uns nun aber den Fall so, daß der Gläubiger entweder vor Anstellung der Klage oder im Laufe des Processes von der an den unbeauftragten Geschäftsführer geleisteten Zahlung in Kenntniß gesetzt sei, und dennoch den Proceß betrieben habe, so würde eine Ratihabition nach erfolgter Freisprechung nicht mehr zulässig sein, weil, wie Paulus von der negotiorum gestio überhaupt sagt: „sublata est negotiorum gestorum actio eo, quod ratum non habui“ [33]). Denn wer wissentlich die seinem Geschäftsführer geleistete Zahlung geradezu durch die That desavouirt, der könnte höchstens nur, unter Voraussetzung der sonstigen Erfordernisse, im Wege der in integrum restitutio auf eine negotiorum gestorum actio Anspruch machen.

Fragen wir daher: von welchem Falle kann Venulejus nur geredet haben? so müssen wir uns unbedenklich für den ersten Fall erklären, und demgemäß annehmen, daß der Gläubiger im Laufe des Processes von der an seinen Geschäftsführer geleisteten Zahlung noch keine Kenntniß gehabt habe, eine Annahme, die um so unbedenklicher ist, da bei dem Gläubiger diese Kenntniß nicht vorauszusetzen ist, und vielmehr erst der Anführung und des Beweises der Gegenpartei bedurft hätte. Ueberblicken wir nun das Fragment im Zusammenhange und die Reihenfolge der einzelnen Sätze, so gestaltet sich das Sachverhältniß einfach folgendermaaßen: Nachdem der Procurator die Forderung eincassirt hat, erhebt der Geschäfts-

33) L. 62. D. de solutionibus (46, 3).

herr, ohne Kenntniß dieses Umstandes, Klage und verliert den Proceß. Erst nach erfolgter Freisprechung bringt der Procurator, der vielleicht von dem ganzen Processe nichts erfahren hatte, das Geld, und wird nun von dem Schuldner mit der actio ex stipulatu de rato belangt. Ipso jure war diese Klage allerdings begründet, weil der Geschäftsherr, wenn auch unwissend, durch Anstellung der Klage, die Geschäftsführung reprobirt hatte. Der Procurator hatte daher ein indebitum bezahlt, indem er aus der negotiorum gestio nichts schuldete, und war daher ipso jure zur condictio indebiti berechtigt [34]. Allein da der Geschäftsherr unwissend und unabsichtlich die Geschäftsführung verworfen hatte, so läßt Venulejus die nachträgliche Ratihabition, die der Gläubiger durch Annahme der Zahlung bereits stillschweigend vorgenommen hatte, als gültig zu, quia naturale debitum manet, und ertheilt dem Gläubiger, der nach allgemeinen Principien die defensio seines Procurators zu übernehmen hat, die exceptio doli. Auf diese Weise wären denn alle Schwierigkeiten unseres Fragmentes überwunden und abermals der Rechtssatz gewonnen, daß der mit Unrecht freigesprochene Schuldner naturaliter obligirt bleibt.

Von der Gegenpartei sind nun zwei verschiedene Erklärungsversuche unseres Fragmentes ausgegangen. Die eine Partei [35] faßt auch hier wieder die Worte: quia naturale debitum manet“ in dem nicht technischen Sinne, als naturalis obligatio minus plena, auf, ohne daß jedoch selbst Büchel sich auf eine genauere Interpretation des Fragmentes eingelassen hat. Allein ganz abgesehen von dem Sprachgebrauche, den die Gegner entschieden gegen sich haben (s. ob. S. 169), so bleibt es auch nach dieser Erklärung geradezu ein

34) Die Glosse ad h. l. s. v. „condicturum“ deutet mit Unrecht auf die condictio causa data causa non secuta oder sine causa hin.

35) Weber, Günther, Glück, Büchel, v. Vangerow not. 6. cit.

Räthsel, wie die **exceptio doli** eine Folge dieser bloßen Gewissenspflicht sein kann. Denn die Zulässigkeit der Ratihabition der Zahlung kann vielmehr, wie wir oben gesehen haben, möglicher Weise nur aus zwei Gründen vertheidigt werden, entweder weil eine **naturalis obligatio** im technischen Sinne zurückgeblieben ist, oder weil der Schuldner an den Procurator zu einer Zeit Zahlung leistete, wo er noch wirklich obligirt war. Dann ist es aber völlig irrelevant, ob der Schuldner jetzt, wo die Ratihabition vorgenommen werden soll, in seinem Gewissen verpflichtet ist oder nicht. Mithin kann auch die Zulässigkeit der Ratihabition nun und nimmermehr eine Folge dieser Gewissenspflicht sein, während doch Venulejus die **exceptio doli** gerade dadurch motivirt: **quia naturale debitum manet.** Ueberhaupt kann es bei der großen Verschiedenheit, welche zwischen unserer Stelle und der in §. 2 erörterten **L. 60. D. de cond. indeb.** obwaltet, nicht gebilligt werden, wenn die Gegenpartei aus beiden Stellen gerade ein und denselben Rechtssatz ableiten will, nämlich daß eine im Laufe des Processes geleistete Zahlung nicht zurückgefordert werden kann. Denn nur in **L. 60. cit.** kann man sagen, daß der Schuldner vor der **res judicata** gezahlt habe und daher bereits vorher liberirt gewesen sei, während der Schuldner in **L. 8. §. 1. cit.** zur Zeit des Urtheils noch gar nicht befreit war, indem ja die Ratihabition der Zahlung noch nicht erfolgt war.

Die zweite Partei[36]) hat nun, nach dem Vorgange von Francke, zwar eingeräumt, daß hier von der **naturalis obligatio** im technischen Sinne die Rede sei, dagegen aber die Behauptung aufgestellt, daß Venulejus nur von der

---

36) Francke civil. Abhandl. S. 76 u. 77. Keller Litiscontestation. S. 159. v. d. Pfordten l. c. S. 184. — Selbst v. Savigny System des heut. röm. Rechts 5r Bd. S. 376 not. d. hat dieser Interpretation der Gegner seinen Beifall geschenkt.

alten Proceßverjährung geredet habe. Diese Behauptung wird dann darauf gegründet, daß der Ausdruck „litem amittere“ ein technischer Ausdruck für den Verlust des Processes durch Proceßverjährung gewesen, und daß in diesem Falle wirklich eine naturalis obligatio übrig geblieben sei. Der letztere Punkt scheint mir nun allerdings, obgleich in neuester Zeit mannigfache Zweifel dagegen erhoben sind [37], gegründet zu sein; allein den ersteren muß ich völlig in Abrede stellen, indem sich eine technische Beziehung des ganz allgemein lautenden Ausdrucks „litem amittere“ durchaus nicht beweisen läßt. Francke kann auch zum Beweise dieses Sprachgebrauches nur eine einzige Stelle anführen, aus welcher sich ergeben soll, daß „litem amittere“ identisch mit dem ohne Zweifel die Proceßverjährung bezeichnenden „litem tempore amittere“ sei. Allein dies wäre ungefähr das Nämliche, als wenn uns Jemand überreden wollte, daß der Ausdruck „usumfructum amittere“ [38] identisch mit dem Ausdrucke „usumfructum tempore amittere“ [39] sei, während sich doch beides zu einander wie die species zum genus verhält. Prüfen wir aber auch die L. 30. §. 1. D. ad leg. Aquil. (9, 2), aus welcher sich dieser Sprachgebrauch ergeben soll, nnd welche auch für unsere Hauptfrage ein gewisses Interesse darbietet, genauer, so werden wir uns bald von der Unzulänglichkeit der Franckeschen Beweisführung überzeugen. Die Stelle lautet folgendermaßen:

> **Pignori datus servus si occisus sit, debitori actio competit. Sed an et creditori danda sit utilis, quia potest interesse ejus, quod debitor solvendo non sit, aut quod litem tempore amisit, quaeritur? Sed hic iniquum est et domino et creditori eum teneri,**

---

37) Linde in seiner Zeitschrift 2r Bd. Abh. 5 u. 6. Büchel civilrechtl. Erört. 1r Bd. S. 45 fg.

38) Rubr. Tit. quib. mod. ususfr. amittitur (7, 4).

39) L. 5. §. 5. D. si ususfruct. petatur (7, 6).

nisi si quis putaverit, nullam in ea re debitorem injuriam passurum, cum prosit ei ad debiti quantitatem et quod sit amplius consecuturus ab eo vel ab initio in id, quod amplius sit, quam in debito, debitori dandam actionem: et ideo in his casibus, in quibus creditori danda est actio propter inopiam debitoris vel quod litem amisit, creditor quidem usque ad modum debiti habebit Aquiliae actionem, ut prosit hoc debitori: ipsi autem debitori in id, quod debitum excedit, competit Aquiliae actio.

Ulpian behandelt hier die Frage, ob und in wie weit dem Pfandgläubiger eine utilis legis Aquiliae actio [40]) zu ertheilen sei, wenn ein Dritter die Pfandsache zerstört oder beschädigt habe? Er gelangt dabei zu dem Resultate, daß dem Gläubiger diese Klage nicht zu verweigern sei, sobald er dabei einen wirklichen Nachtheil erlitten habe. Ein solcher Nachtheil kann aber auf doppelte Weise eintreten: einmal nämlich, wenn der Schuldner insolvent ist, und der Gläubiger nun durch das Pfand und dessen Werth nicht mehr gedeckt ist; zweitens, wenn der Schuldner zwar solvent ist, das Pfand aber nur für eine naturalis obligatio haftete. Hier hat der Gläubiger die sichere Aussicht auf Befriedigung durch Verkauf des Pfandes verloren, indem es jetzt gänzlich vom Zufalle abhängt, ob die naturalis obligatio je getilgt werden wird. Um diesen letzteren Fall dem Leser sogleich anschaulich vor die Augen zu führen, wählt Ulpian, wie dies so häufig geschieht, das erste beste Beispiel einer naturalis obligatio. Er sagt: „quia potest interesse ejus, quod debitor solvendo non sit, aut quod litem tempore amisit, worunter offenbar der Fall der Proceßverjährung verstanden ist [41]). Wenn er nun am Schlusse der Stelle in die Worte

40) Das mandatum actionis wird also fingirt.

41) Die gewöhnlichen Ausdrücke für die Proceßverjährung sind: lis moritur, Gaj. IV. §. 104 u. 105, L. 3. §. 1. D. quae in

ausbricht: „et ideo in his casibus, in quibus creditori danda est actio propter inopiam debitoris vel quod litem amisit“ etc., so hält hiedurch Francke den ihm obliegenden Beweis, daß litem amittere identisch mit litem tempore amittere sei, allein, wie ich glaube, mit vollkommenem Unrechte für geführt. Denn die Stelle läßt sich mit der größten Leichtigkeit, und ohne dem Ulpian irgend einen logischen Verstoß aufzubürden, auf die genügendste Weise erklären, ohne daß wir irgend Veranlassung haben, dem litem amittere eine technische Bedeutung beizulegen. Ulpian sagt ja: „et ideo in his casibus etc.“ d. h. also in den Fällen, in welchen (nach den voraufgehenden Erörterungen Ulpians) dem Pfandgläubiger wegen Insolvenz des Schuldners oder wegen Proceßverlustes eine Klage zu ertheilen ist u. s. w. Allerdings werden wir hier den allgemeinen Ausdruck „wegen Proceßverlustes“ auf die Proceßverjährung zu beziehen haben, aber nicht weil uns hier irgend eine technische Bedeutung entgegentritt, sondern weil Ulpian ausdrücklich, unter Beziehung auf das Vorhergehende, nur von einem besonderen Falle des Proceßverlustes redet. So wenig wie hier im Deutschen der Ausdruck „Proceßverlust“ als technischer Ausdruck für den Verlust des Processes durch Proceßverjährung gelten könnte, so wenig kann man dies von dem allgemein lautenden „litem amittere“ behaupten.

Außer der Allgemeinheit des Wortlauts sprechen aber auch noch andere Gründe gegen einen solchen Sprachgebrauch. So finden wir bei Cicero unseren Ausdruck „litem amittere“ in ganz allgemeiner Bedeutung gebraucht [42]), und auch

---

fraud. cred. (42, 8); lis perit, L. 2 D. de divers. temp. act. (44, 3), obgleich auch der Ausdruck lis perit in L. 8. pr. D. de leg. III. in allgemeiner Bedeutung vorkommt, und auch zur Bezeichnung des Proceßverlustes wegen Bestechung des Richters gebraucht wird. L. 1. §. 3. D. de calumniatoribus (3, 6).

42) Cic. pro Rosc. com. cap. 4. „Ad judicium hoc modo venimus ut totam litem aut obtineamus aut amittamus“. Vgl.

in unseren Rechtsquellen kommt das ganz ähnliche „rem amittere“ namentlich vom Proceßverlust wegen verfehlten Beweises vor [43]). Desgleichen werden die ähnlich allgemein lautenden Ausdrücke „litem perdere, rem perdere“ von mannigfachen Fällen des Proceßverlustes gebraucht [44]), so daß eine technische Bedeutung des „litem amittere“ nicht bloß nicht bewiesen ist, sondern auch im höchsten Grade unwahrscheinlich zu sein scheint.

Ja man könnte selbst noch weiter gehen und behaupten, Ulpian habe unter den letzten Worten: et ideo in his casibus etc.“ nicht sowohl die Proceßverjährung, als wirklich den Proceßverlust im Allgemeinen verstanden, indem ja nach seinen obigen Voraussetzungen dem Pfandgläubiger bei jedweder Art des Proceßverlustes die utilis legis Aquiliae actio nicht zu versagen stand, da der mit Unrecht freigesprochene Schuldner naturaliter obligirt und mithin das Pfand verhaftet blieb. Die dieser Interpretation scheinbar entgegenstehende L. 13. D. quib. mod. pign. solv. (20, 6) werden wir im nächstfolgenden Paragraphen näher zu betrachten Gelegenheit haben.

§. 4.

Zuvor wollen wir erst noch einen Blick auf eine Stelle des Paulus werfen, durch welche unsere Frage direct entschieden sein würde, wenn uns nicht die Compilatoren leider den Grund der Entscheidung des Paulus vorenthalten

---

Cic. de orat. lib. 2. cap. 24, wo er von causis negligentia amissis redet. — Zu Ciceros Zeiten erlosch ja gewiß das judicium imperio continens mit dem imperium des Prozeßinstruenten, so daß also eine Proceßverjährung schon existirte.

43) L. 22. §. 2. D. de noxal. act. (9, 4). — Vgl. L. 22. §. 5. D. ratam rem haberi (46, 8) „lite mota rem amittere“. L. 1. C. de poena judicis, qui male judicavit (7, 49) „actionem amittere.“

44) Gaj. IV. §. 60. L. 19. D. si servit. vind. (7, 6). L. 2. §. 2. D. de condict. ob turp. caus. (12, 5). Gaj. IV. §. 123.

hätten. Paulus sagt nämlich in L. 28. D. de cond. indeb. (12, 6):

Judex si male absolvit et absolutus sua sponte solverit, repetere non potest.

Dieser Ausspruch läßt sich auf zweifache Weise rechtfertigen. Entweder kann nämlich der freigesprochene Schuldner, welcher sua sponte gezahlt hat, nicht zurückfordern, weil er eine Naturobligation erfüllt, oder weil er geschenkt hat. Welchen Entscheidungsgrund wird nun Paulus wahrscheinlicher Weise im Sinne gehabt haben? Wir können ihn ja selbst fragen; hat er uns doch in L. 60. D. de cond. indeb. (oben §. 2) den Rechtssatz überliefert: „licet enim absolutus sit, natura tamen debitor permanet". Welchen Entscheidungsgrund werden ferner die Compilatoren im Sinne gehabt haben? Gewiß nicht die Schenkung, weil das Fragment nicht in den Titel von Schenkungen eingereihet ist, sondern in einen Titel, in welchem eine der wichtigsten Folgen der Naturobligation, nämlich die Unzulässigkeit der condictio indebiti, zur Sprache kommen mußte.

Freilich legt Büchel[45]) sehr großes Gewicht auf den Ausdruck „sua sponte" und leitet daraus argumento a contrario den Schluß ab, daß die ex errore geleistete Zahlung zurückgefordert werden könne. Allein das argumentum a contrario wird um so bedenklicher, je unvollständiger uns der Zusammenhang einer Stelle vorliegt, und vollends gegen so wenige, aus dem Zusammenhange gerissene Worte, wie die in unserer Stelle enthaltenen, kann schwerlich eine mißlichere Waffe angewendet werden. Wie leicht sich eine solche Behandlungsweise rächt, davon liefert sofort unsere Stelle selbst den sprechendsten Beweis. Denn wäre das argumentum a contrario zulässig, so müßte auch folgender Schluß begründet sein: judex si recte absolvit, et absolutus sua sponte solverit, repetere potest. Und doch möchte

45) l. c. S. 114.

in diesem Falle Niemand das Dasein einer Schenkung verkennen und die Unzulässigkeit der Rückforderung in Abrede stellen!

Das von Büchel urgirte **argumentum a contrario** kommt aber auch gänzlich aus dem Spiele, sobald wir, mit mehreren älteren Juristen [46]) annehmen, daß Paulus hier das „**sua sponte**" im Gegensatz zu dem den wirklich verurtheilten Schuldner treffenden Zwange gebraucht habe. Sein Ideengang wäre dann folgender gewesen: Wird der Schuldner mit Unrecht freigesprochen, so kann er freilich, wegen der **exceptio rei judicatae**, nicht zur Zahlung gezwungen werden; hat er aber einmal freiwillig Zahlung geleistet, so hat er auf Rückgabe des Gezahlten keinen Anspruch. Zwar haben bereits Büchel und v. d. Pfordten [47]) gegen diese Auffassung den Einwand geltend gemacht, daß eigentlich nur Derjenige **sua sponte** zahle, welcher wisse, daß er in keiner Weise rechtlich zur Zahlung verpflichtet sei. Allein dieser Ansicht kann ich nicht beistimmen. **Sua sponte** geleistet erscheint jede Zahlung, welche im Momente der Zahlung nicht erzwungen werden konnte, und daher wird auch in unsern Quellen von einem Schuldner **sub die**, welcher **ante diem** zahlte, gesagt: er habe **sua sponte** gezahlt [48]).

§. 5.

Außer diesen die **condictio indebiti** wegen Fortdauer der **naturalis obligatio** verwerfenden Stellen, finden sich noch zwei andere Fragmente in unserer Sammlung, welche wegen ihres anscheinenden Widerspruches über die Frage: ob und in wie weit das früher bestellte Pfandrecht nach erfolgter

---

46) Ant. Faber conject. jur. civ. lib. 4. cap. 20. Huber Eunomia romana ad h. l. pag. 521 et 522. Brokes obs. for. 1. §. 31. Vgl. auch Reinhardt Ergänzungen zu Glück 4r Bd. S. 392.

47) l. c. S. 133.

48) L. 88. §. 3. D. de leg. II.

Freisprechung des Schuldners fortdaure? alle Aufmerksamkeit verdienen. Es ist dies:

1) die aus dem 5ten Buche der Digesten des Marcellus entlehnte und also lautende L. 27. D. de pignoribus (20, 1):

> Servum, quem quis pignori dederat, ex levissima offensa vinxit, mox solvit, et quia debito non satisfaciebat, creditor minoris servum vendidit. An aliqua actio creditori in debitorem constituenda sit, quia crediti ipsius actio non sufficit ad id quod deest persequendum? Quid si eum interfecisset aut eluscasset? Ubi quidem interfecisset, ad exhibendum tenetur: ubi autem eluscasset, quasi damnum injuriae dabimus actionem ad quantum interest, quod debilitando aut vinciendo persecutionem pignoris exinanierit. Fingamus nullam crediti actionem esse, quia forte causa ceciderat: non existimo indignam rem animadversione et auxilio praetoris. Ulpianus notat: si ut creditori noceret vinxit, tenebitur: si merentem, non tenebitur.

2) ein Fragment des Tryphonin aus dessen lib. 8 disput. nämlich die L. 13. D. quib. mod. pign. solv. (20, 6).

> Si deferente creditore juravit debitor, se dare non oportere, pignus liberatur, quia perinde habetur, atque si judicio absolutus esset: nam et si a judice, quamvis per injuriam absolutus sit debitor, tamen pignus liberatur.

In dem von Marcellus behandelten Falle hat ein Pfandschuldner den in seinem Besitze befindlichen [49]) verpfändeten Sklaven wegen eines unbedeutenden Vergehens sogleich in Ketten legen lassen, und durch diese Bestrafung den Werth des Skla-

49) Der Sklave war entweder bloß verhypothecirt, oder es lag ein precarium possessionis vor.

ven so verringert[50]), daß der Gläubiger, als er später zum Verkaufe des Sklaven schritt, weniger bekam als seine Forderung betrug. War nun in diesem Falle der Schuldner solvent, und die Forderung, für welche das Pfand gehaftet hatte, eine klagbare, so hatte der Gläubiger durch die Handlung des Schuldners im Grunde keinen Schaden erlitten, da er durch Anstellung der Principalklage zu seiner Befriedigung gelangen konnte. Zu einer dem Gläubiger zu ertheilenden außerordentlichen Rechtshülfe war daher keine Veranlassung vorhanden. Allein diese Rechtshülfe wurde zu einem dringenden Bedürfnisse, sobald das Pfand nur für eine naturalis obligatio gehaftet hatte, und der Schuldner im Uebrigen solvent[51]) war. Diesen Fall hielt daher auch Marcellus für geeignet zur Ertheilung einer utilis legis Aquiliae actio[52]) („non existimo indignam rem animadversione et auxilio praetoris"). Statt aber direct von einer zu Grunde liegenden naturalis obligatio zu reden, greift auch Marcellus, wie oben Ulpian, zu dem ersten besten Beispiele aus der Praxis, und wählt in den Worten „fingamus nullam crediti nomine actionem esse, quia forte causa ceciderat" den im römischen Processe so häufig vorkommenden Fall des Pro-

50) Vergl. in dieser Hinsicht über die Folgen des in Ketten-Legens Glück Commentar 14r Band. S. 138 fgg. und Zimmern Rechtsgeschichte 1r Bd. S. 762. nr. 1.

51) Ist der Schuldner insolvent, so war dem Gläubiger durch eine utilis legis Aquiliae actio nicht geholfen. Denn gelangt er mit seiner Principalforderung wegen Insolvenz des Schuldners nicht zur Zahlung, so konnte ihm auch die chirographarische utilis legis Aquiliae actio nicht zur Zahlung verhelfen.

52) Diese utilis legis Aquiliae actio ist aus einem ganz anderen Gesichtspunkte utilis als die oben not. 40 erwähnte abgeleitete Klage. Denn hier liegt das Anomale in der ursprünglichen Begründung der Klage, indem sie als directa nur dem dominus (nicht Realberechtigten) zusteht. L. 11. §. 6. D. ad leg. Aquil. (9, 2). Vgl. L. 11. §. 10 u. 8. L. 12. L. 17. pr. eod. L. 7. §. 4. D. de dolo malo (4, 3.)

rechtsverlustes ob pluris petitionem. Hiernach steht unwiderleglich fest, daß der Schuldner, troß des causa cadere des Gläubigers, naturaliter obligirt geblieben sei, und daß troß des causa cadere das Pfandrecht fortgedauert habe. Denn nehmen wir das Gegentheil an, daß entweder der Schuldner durch das causa cadere des Gläubigers gänzlich befreit worden, oder daß wenigstens das Pfandrecht erloschen sei, so würde sich nach diesem Zeitpunkte die Anstellung einer Schadensklage nimmer rechtfertigen lassen, indem der Gläubiger jedenfalls Pfandgläubiger zu sein aufgehört hätte, und daher wegen Vernichtung oder Beschädigung der Pfandsache unmöglich eine Schadensklage hätte anstellen können.

Mit diesem Resultate scheint aber der Ausspruch des Tryphonin: „nam et si a judice, quamvis per injuriam, absolutus sit, tamen pignus liberatur" im völligen Widerspruche zu stehen. Denn ist das Pfandrecht erloschen, so ist auch keine Interessenklage wegen Vernichtung oder Beschädigung der Pfandsache mehr denkbar, und gerade hierin liegt der Widerspruch zwischen Marcell und Tryphonin.

Fragen wir nun zuerst: welche Ansicht ist nach den sonstigen Aussprüchen der Quellen die consequentere? so müssen wir offenbar auf Marcellus Seite treten. Denn bleibt der mit Unrecht freigesprochene Schuldner naturaliter obligirt, so muß auch nach dem bekannten Saße: „Ex quibus causis naturalis obligatio consistit, pignus perseverare constat" [53]) das Pfandrecht fortdauern. In Tryphonins Fragmente liegt daher die Inconsequenz, und deßhalb ist die Lösung des Widerspruchs nur in einer Interpretation zu suchen, welche dieses Fragment mit den übrigen Fragmenten in Einklang bringt. Bevor wir jedoch zur Critik der bisherigen Interpretationsversuche und zur Aufstellung und Begründung unserer eigenen Ansicht übergehen, haben wir noch einen Punkt

53) L. 14. §. 1. D. de pignoribus (20, 1). Vgl. L. 2. C. de luit. pig. (8, 31).

hervorzuheben, welcher dem aufmerksamen Leser schwerlich entgangen sein wird. Marcellus spricht nämlich von einem causa cadere des Gläubigers, und Tryphonin von einem debitor absolutus. Sollte deßhalb vielleicht etwa hierin der Grund der verschiedenen Entscheidungen verborgen sein? Keller[54]) und v. Savigny[55]) nehmen freilich an, daß dem causa cadere auch eine ganz allgemeine, auf jeden Proceßverlust anwendbare Bedeutung inwohne, und v. Savigny legt diese Bedeutung dem Fragmente des Marcellus unter. Allein das causa cadere ist ein durch und durch technischer Ausdruck zur Bezeichnung des Proceßverlustes wegen pluris petitio, und wir haben keine Stelle aufzuweisen, wo es in einer allgemeinen Bedeutung gebraucht wäre[56]). Man könnte daher die Lösung des Widerspruchs darin finden wollen, daß bei dem Verluste des Processes wegen pluris petitio die naturalis obligatio und das Pfandrecht fortgedauert habe, in den übrigen Fällen des Proceßverlustes aber erloschen sei. Allein ich glaube diese Lösung verwerfen zu müssen. Denn der judex ist vermöge der vom Prätor ꝛc. erhaltenen und, so lange die Proceßverjährung noch nicht eingetreten ist, in voller Wirksamkeit bestehenden Anweisung verbunden, den Beklagten entweder zu condemniren oder zu absolviren[57]). Ueberzeugt er sich daher von der pluris pe-

---

54) Litiscontestation S. 502—509.

55) System des heutigen römischen Rechts Th. 5. S. 388. not. g.

56) In allen von Keller l. c. sorgfältig zusammengetragenen Stellen läßt sich überall die technische Bedeutung aufs Bestimmteste nachweisen. Nur in L. 45 §. 6 und 7. D. de jure fisci (49, 14) kommt eine kleine unbedeutende Abweichung vor, die man allenfalls so erklären kann, daß der Kläger hier den Proceß in Folge einer pluris petitio in der Beweisinstanz verliere. — Der technische Sprachgebrauch ist auch richtig anerkannt von Schrader in seinem großen corp. jur. T. I. p. 664 ad §. 33. J. de act. (4, 6) s. v. causa cadebat.

57) Gaj IV. §. 43. Vgl. L. 40. §. 1. L. 74. pr. D. de judiciis (5, 1) und L. 1. D. de re judicata (42, 1).

titio des Gläubigers, so kann er den Schuldner nicht condemniren, sondern muß ihn absolviren. In Folge dieses freisprechenden Erkenntnisses erlangt dann der Schuldner die exceptio rei judicatae, wie namentlich rücksichtlich des causa cadere in Folge einer pluris petitio ratione temporis von Theophilus §. 10 und 11. J. de except. (4, 13) aufs Bestimmteste bestätigt wird, und muß daher alle Wirkungen dieser Einrede geltend machen können, wie der aus sonstigen Gründen Absolvirte, dem als Schutzmittel eben auch nur diese exceptio rei judicatae zur Seite steht. Wollten wir aber auch annehmen, daß ein und dasselbe Rechtsmittel, die exceptio rei judicatae, in diesem Punkte verschiedene Wirkungen hervorgebracht hätte, so wäre damit zwar der anscheinende Widerspruch gelöst; allein Tryphonins Fragment wäre dadurch noch nicht von der gerügten Inconsequenz freigesprochen. Denn die oben §. 2—4 erläuterten Fragmente können unmöglich bloß von einem causa cadere verstanden werden, und so käme denn das Resultat zum Vorscheine, daß durch das nicht in Folge des causa cadere freisprechende Urtheil, trotz der Fortdauer der naturalis obligatio, das Pfandrecht untergehe. Diese merkwürdige Ausnahme der Regel: ex quibus causis naturalis obligatio consistit, pignus perseverare constat, haben nun die Anhänger der diesseitigen Meinung auf die verschiedenste Weise zu erklären versucht, und diese Erklärungsversuche müssen jetzt einer genaueren Prüfung unterworfen werden.

1) Mühlenbruch[58]) war der Erste, welcher diese Erscheinung auf eine feste Regel zurückzuführen versuchte. Er stellte in dieser Beziehung folgendes Princip auf: „Auch können Bürger und Pfandbesitzer der Klage aus einer Naturalobligation eine Einrede entgegensetzen... wenn eine klagbare Obligation durch einen nur unvollständig wirkenden Aufhebungsgrund in eine Naturalobligation verwandelt wird".

58) Lehrb. d. Pand. § 330. not. 9.

Indessen möchte die Richtigkeit dieser Regel sehr zu bezweifeln sein, da uns Scävola hinsichtlich der Bürgen [59]) und Ulpian hinsichtlich der Pfandbesitzer [60]) gerade die entgegengesetzte Regel überliefert haben. Wenn daher Ulpian an einem andern Orte [61]) sich dahin äußert: „in omnibus speciebus liberationum etiam accessiones, puta adpromissores, pignora, hypothecae liberantur", so ist wohl nichts natürlicher, als diese Worte auf eine gänzliche liberatio d. h. eine solche, welche auch den naturalen Bestandtheil der obligatio aufhebt, zu beziehen. Dagegen gehören die außerdem von Mühlenbruch a. a. O. citirten Fragmente überall nicht hieher. Denn in der L. 32. D. de pactis (2, 14) ist der Schuldner durch die exceptio pacti nicht bloß civiliter sondern auch naturaliter befreit, und die L. 9. §. 3. D. de pign. act. (13, 7.) beweist nur den von Niemand in Abrede gestellten Satz, daß das Pfandrecht erlischt, wenn der Gläubiger mit seiner Zustimmung satisfactio erhalten hat [62]). So bleibt denn, genau betrachtet, als alleiniges Fundament der Mühlenbruch'schen Regel nur unser Fragment des Tryphonin übrig, welches aber nach dem Obigen nicht als Folge, sondern gerade als Ausnahme einer Regel erscheint und deßhalb einer besonderen Rechtfertigung bedurft hätte.

2) Treffender und den Quellen gemäßer hat daher Roßhirt [63]) sich bemüht, die Statuirung dieser Ausnahme durch innere Gründe zu rechtfertigen. Er nimmt nämlich an, daß nach dem freisprechenden Urtheile den Bürgen und Pfandbesitzern deshalb die exceptio rei judicatae ertheilt sei, weil es sehr natürlich gewesen sei, bei der Geltendmachung des

59) L. 60. D. de fidejussoribus (46, 1).
60) S. not. 53.
61) L. 43. D. de solutionibus (46, 3).
62) L. 6. pr. D. quib. mod. pign. solv. (20, 6).
63) In seiner Zeitschrift für Civil- und Criminalrecht I. S. 344. Desselben gem. deutsch. Civilrecht 2r Bd. S. 246. not. 3.

accessorischen Rechtes nicht eine nochmalige Verhandlung der Hauptsache Statt finden zu lassen. Büchel [64]) hat hiegegen mit Unrecht erinnert, daß dem Bürgen deshalb keine exceptio rei judicatae zustehen könne, weil nach Roßhirts (aber richtiger) Voraussetzung die naturalis obligatio gar nicht in judicium deducirt, und folglich darüber gar nicht verhandelt und erkannt sei. Denn eine civilistische Unmöglichkeit ist es keineswegs, daß der Bürge sich mit einer dem Hauptschuldner nur gegen den civilen Bestandtheil der Obligation zustehenden exceptio schützen kann, wie wir deutlich an der exceptio rei in judicium deductae [65]) und exceptio S. C. Macedoniani [66]) ersehen. Die Roßhirt'sche Erklärung der Ausnahme würde ich daher unbedingt gelten lassen, wenn ich nicht glaubte, daß wir überhaupt noch nicht gezwungen seien, das Tryphoninische Fragment als Ausnahme zu betrachten.

3) Der Versuch dagegen, den Büchel selbst an einem anderen Orte [67]) zur Erklärung der L. 27. D. de pign. aufgestellt hat, scheint mir durchaus unhaltbar. Büchel bezieht nämlich das causa cadere in der gedachten Stelle auf den Fall der Proceßverjährung. Allein diesem widerstreitet der ganz entschieden technische Sprachgebrauch des causa cadere, von dem bereits oben die Rede war.

4) Zuletzt endlich hat v. Savigny [68]) das Fragment des Tryphonin auf folgende Weise zu erklären gesucht. Durch die Freisprechung von der Schuldklage erwerbe der Schuldner unstreitig auch gegen die Hypothekarklage die exceptio rei judicatae, da zur Begründung dieser Klage unter anderem auch das Dasein der Schuld behauptet und be-

---

64) L. c. S. 112 u. 113.

65) L. 28. C de fidejussoribus (8, 40).

66) L. 7. §. 1. D. de except. (44, 1). L. 9. §. 4. D. ad S. C. Maced. (14, 6).

67) Civilrechtl. Erört. 1r Bd. 1s Heft. S. 48.

68) System des heut. röm. Rechts 5r Bd. S. 388. not. g.

wiesen werden müsse (L. 10. C. de pign. act. 4, 24. L. 1. C. si pign. conv. 8, 33). Dieses Räsonnement wäre vollkommen richtig, wenn zur Begründung der hypothecaria actio das Dasein einer civilis obligatio behauptet und bewiesen werden müßte. Allein da auch für eine naturalis obligatio ein Pfand bestellt werden kann, und sogar die Regel aufgestellt wird, daß das Pfandrecht fortdauert, wenn die Civilobligation später zu einer Naturalobligation herabsinkt (not. 53), da ferner v. Savigny selbst lehrt, daß nach der Freisprechung eine naturalis obligatio übrig bleibe, so weiß ich nicht, worin das Erklärende dieser Erklärung zu suchen, und wie dadurch der Widerspruch zwischen Marcell und Tryphonin zu entfernen sein möchte.

5) Ueber die Ansicht von C. Sell [69]) läßt sich noch kein sicheres Urtheil fällen, da sein Aufsatz über die condictio indebiti dem Publicum zur Zeit noch nicht vollendet vorliegt. So viel man bis jetzt wahrnehmen kann, so nimmt auch Sell die Fortdauer der naturalis obligatio und den Untergang des Pfandrechtes an, und zwar hängt dieß mit seiner Grundansicht zusammen, daß es 4 Stufen der naturalis obligatio mit immer steigend größeren Wirkungen giebt. Da aber offenbar darüber, zu welcher der Sell'schen Stufen jede einzelne naturalis obligatio gehört, nicht blinder Zufall entschieden haben kann, so wird Alles davon abhängen, mit welchem Glück Sell aus inneren Gründen einer jeden einzelnen naturalis obligatio ihre Stufe anweisen wird. Keinesfalls ist es aber wohl zu billigen, wenn gleich auf der untersten Stufe, welche nur eine einzige juristische Folge, die soluti retentio oder m. a. W. die Unzulässigkeit der Zurückforderung des, wenn gleich irrthümlich, Gegegebenen mit sich führen soll, die verschiedenartigsten Rechtsverhältnisse wie z. B. das in L. 11. D. de cond. indeb. (12, 6) enthal-

69) in den von ihm herausgegebenen Jahrbüchern für historische und dogmatische Bearbeitung des römischen Rechts 1r Bd. Abh. 1.

tene, als Naturobligationen der untersten Stufe zusammengestellt werden.

Wie schon oben angedeutet, so glaube ich nicht, daß wir gezwungen sind, das Tryphoninische Fragment als Ausnahme von der Regel aufzufassen. Es giebt noch eine Erklärung, wodurch Tryphonins Ausspruch mit den sonstigen Aussprüchen unserer Quellen in vollkommene Harmonie gesetzt wird und seinen singulären Character ganz und gar verliert, und diese Erklärung beruht darauf, daß man gehörig unterscheidet, ob der Schuldner von der erhobenen Hypothekarklage oder von der erhobenen Personalklage absolvirt wird. Wenn nämlich die dingliche Hypothekarklage angestellt ist und der Richter den Verklagten freispricht, entweder weil das Pfandrecht oder weil die Hauptschuld verworfen wird, so kann zwischen Kläger und Beklagten die Frage über das Pfandrecht nie wieder zur Sprache gebracht werden. Denn gerade hierin liegt ein wesentlicher Unterschied zwischen dinglichen und persönlichen Klagen. Durch das Urtheil bei dinglichen Klagen wird das ganze dingliche Recht zwischen Kläger und Beklagten absorbirt, d. h. der Kläger, welchem das dingliche Recht abgesprochen ist, darf dasselbe nie wieder gegen den Beklagten und dessen Successoren geltend machen, indem bei dinglichen Rechten keine solche Spaltung zwischen dem civilen und naturalen Bestandtheile des Rechts wie bei Obligationen vorkommt. Es giebt kein dingliches Recht, welches nur excipiendo geltend gemacht werden kann, wie dieß namentlich vom Pfandrechte mit den bestimmtesten Worten gelehrt wird [70].

Völlig verschieden hiervon ist das Verhältniß, wenn der Schuldner mit der persönlichen Klage, für welche das Pfand haftete, belangt, und vom Richter freigesprochen wird, indem dann mit der Naturalobligation, nach der oben (not. 53) mitgetheilten Regel, auch das Pfandrecht fortdauern muß.

Fassen wir diese unbestrittenen Grundsätze ins Auge, so

70) L. 27. D. de noxalibus actionibus (9, 4).

ist das Fragment Tryphonins völlig in der Ordnung, sobald wir annehmen, daß unter den Parteien Streit über den Hypothekaranspruch entstanden war, und daß Eid und Urtheil den Hypothekaranspruch zum Objecte hatten, während Marcellus, wie sich aus seinen eigenen Worten ergiebt, nur die Freisprechung von der persönlichen Klage (fingamus nullam crediti nomine actionem esse) im Sinne gehabt hatte. Für diese Restrictiv-Interpretation der Worte des Tryphonin spricht aber nicht nur die innere Nothwendigkeit, um dadurch die Gesetze in Einklang zu bringen, sondern sie kann auch durch gewichtige äußere Gründe gerechtfertigt werden. Einmal nämlich erfordert schon die Stellung im Titel de pignoribus, daß wir, wenn in unbestimmten Ausdrücken von einer Klage die Rede ist, zunächst an die Hypothekarklage zu denken haben. Sodann ist aber auch in der unserem Fragmente unmittelbar voraufgehenden Stelle ausdrücklich von der Hypothekarklage, der vindicatio pignoris, die Rede, so daß im Sinne und Geiste der Compilatoren unsere Stelle gleichsam als Fortsetzung und Ergänzung der voraufgehenden Stelle gedacht und betrachtet werden muß.

Uebrigens darf, wie bereits von v. Savigny [71]) mit Recht bemerkt worden ist, die von Tryphonin angestellte Vergleichung der exceptio jurisjurandi mit der exceptio rei judicatae nicht zu unbedingt durchgeführt werden, indem sie nur für das Verhältniß zwischen Gläubiger und Schuldner passend ist, während sie in Beziehung auf dritte Personen zu einem falschen Resultate führen würde, indem die exceptio rei judicatae sich bekanntlich nicht über den Schuldner und dessen Successoren hinauserstreckt, während die exceptio jurisjurandi, weil in ihr, wegen der Vergleichsnatur des Eides, eine satisfactio liegt [72]), auch den Nicht-Successoren des Schuldners zu gute kommt.

---

71) System 5r Thl. S. 388. not. g. a. E.
72) L. 5. §. 3. D. quib. mod. pign. solv. (20, 6).

(Beschluß im nächsten Hefte.)